

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ  
FACULDADE VALE DO CRICARÉ  
CURSO DE DIREITO**

**CAROLINE NOVAIS OLIVEIRA**

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO DA JUSTIÇA  
BRASILEIRA**

**São Mateus**

**2019**

**CAROLINE NOVAIS OLIVEIRA**

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO DA JUSTIÇA  
BRASILEIRA**

Trabalho de conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Samuel Davi Garcia Mendonça.

**SÃO MATEUS**

**2019**

**CAROLINE NOVAIS OLIVEIRA**

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO DA JUSTIÇA  
BRASILEIRA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em direito.

Aprovado em \_\_\_\_ de novembro de 2019.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**PROF. SAMUEL DAVI GARCIA  
MENDONÇA  
FACULDADE VALE DO CRICARÉ  
ORIENTADOR**

---

**PROF.  
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

---

**PROF.  
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

A Deus, que me guardou no percurso de idas e voltas durante esses anos.

A minha família, por todo o incentivo e orgulho.

Ao meu orientador, o professor Samuel  
Davi Garcia Mendonça, pela  
disponibilidade e atenção.

A evolução do Direito Penal brasileiro, que vem caminhando aos passos da atualidade.

"O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples idéia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança".

Rudolf Von Ihering

## RESUMO

O presente trabalho tende a apresentar a terceira velocidade do Direito Penal na prática do ordenamento jurídico atual, bem como correlacionar a finalidade do próprio Direito Penal com a atribuição do Direito Penal do Inimigo, seus conceitos, história, características e aplicação. Buscando, de forma clara, demonstrar como a prática tem respeitado e desrespeitado a essência dessa Lei tão fundamental na sociedade. Com isso, se faz necessária análise de alguns Decretos que dão liberdade a teoria do Direito Penal do Inimigo, e suas afrontas ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal. Percebe-se que a população exige justiça e retorno dos poderes judiciários sobre tamanha violência rotineira, não se contentando com a prática da Justiça Restaurativa, fazendo com que se crie o sentimento de “olho por olho e dente por dente”. Posto isto, resta demonstrar aqui os estudos e críticas sobre a temática e sua aplicabilidade na prática.

Palavras-chaves: Direito Penal, Direito Penal do Inimigo, Velocidades do Direito Penal, Pena.

## RESUME

This paper aims to demonstrate the third speed of criminal law in the practice of the current legal system, as well as correlate the purpose of criminal law itself with the attribution of criminal law of the Enemy, its concepts, history, characteristics and application. Seeking clearly, demonstrate how the practice has respected and disrespected the essence of this law so fundamental in society. Thus, it is necessary to analyze some Laws that give freedom to the theory of the Enemy's Criminal Law, and its affronts to Criminal Law and Criminal Procedural Law. It is noticed that the population demands justice and the return of the judiciary about such routine violence, not being content with the practice of Restorative Justice, creating the feeling of "an eye for an eye and a tooth for a tooth". That said, it remains to demonstrate here the studies and criticism on the subject and its applicability in practice.

Keywords: Criminal Law, Enemy's Criminal Law, Criminal Law Speeds, Penalty.

## Sumário

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>1 DIREITO PENAL</b> .....	<b>14</b>
1.1 FINALIDADE .....	15
1.2 VELOCIDADES DO DIREITO PENAL.....	17
<b>2 DIREITO PENAL DO INIMIGO</b> .....	<b>27</b>
2.1 HISTÓRIA.....	27
2.2 CONCEITO .....	28
2.3 CARACTERÍSTICAS .....	32
<b>3 A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL</b> .....	<b>35</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>50</b>

## INTRODUÇÃO

A segurança e a confiança da população na Justiça brasileira estão passando por uma crise centenária. Medidas são aplicadas o tempo todo, leis são criadas, recriadas, alteradas e revogadas, e isso demonstra instabilidade no sistema penal, preocupando assim a sociedade como um todo.

É visível o esforço do judiciário em acompanhar as atualidades cotidianas, porém, estando sempre dois passos atrás da criminalidade, fazendo com que, a aplicação da Lei se torne ineficaz.

Com a adoção do Instituto da Justiça Restaurativa, que visa reparar o indivíduo durante sua detenção, para após o cumprimento da pena imposta, ele seja relançado na sociedade tendo uma vida comum, os resultados tem sido alarmantes, pois a restauração dos indivíduos não perdura durante sua liberdade, gerando reincidência e crimes cada vez mais bárbaros.

A sociedade por sua vez, questiona o Poder Público sobre as políticas adotadas quanto à penalização dos criminosos, não estando satisfeita com a realidade dos fatos, buscando resposta no sistema adotado pelos antepassados e descrito até mesmo na Bíblia Sagrada, aqui denominado como Direito Penal do Inimigo.

Relatando a história e o conceito desse Instituto, é traçado ao longo do presente trabalho toda a sua relação e equivalência com o Direito Penal e o cenário atual da Justiça e da Sociedade brasileira. Levando ao questionamento de que se há ou não aplicabilidade da Lei de Talião no sistema penal atual.

Contudo, a monografia aqui disposta, demonstra em 03 (três) capítulos, o que vem a ser o Direito Penal e o Direito Penal do inimigo, suas finalidades, histórias, características e sua ligação com a sociedade atual.

O primeiro capítulo traduz sobre o próprio Direito Penal, de forma sucinta e direta, seu real objetivo na sociedade e suas vertentes velocidades engajadas pela Doutrina.

Temos no segundo capítulo, a apresentação da Teoria reportada como Direito Penal do Inimigo, e com isto, a demonstração do seu surgimento, aplicação e configuração junto ao sistema penal.

E como intento principal, após apresentados os Institutos relacionados a penalidade no País, temos as formas que o Direito Penal do Inimigo tem sido aplicado na legislação brasileira e sua atuação no sistema atual.

Quanto à metodologia, optou-se pelo enfoque histórico-dedutivo, por meio de estudos de leis, pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, além de fontes bibliográficas e documentais.

## 1 DIREITO PENAL

Faz-se necessária a análise das matérias que circundam o assunto principal, para que melhor seja o entendimento sobre a finalidade do presente, diante disso, eis a apresentação da matriz dos questionamentos sociais apresentados, o Direito Penal propriamente dito, acompanhando de seus objetos e as velocidades alcançadas desde a sua criação.

Como toda história bem contada, teremos aqui o princípio de tudo, para após questionar os impasses do presente e solucionar com a dedução do futuro.

“Direito Penal é o conjunto de princípios e leis destinados a combater o crime e a contravenção penal, mediante a imposição de sanção penal (pena ou medida de segurança).

(...)

Cuida-se de ramo do Direito Público, por ser composto de regras indisponíveis e obrigatoriamente impostas a todas as pessoas. Além disso, o Estado é o titular exclusivo do direito de punir e figura como sujeito passivo constante nas relações jurídicopenais.”

(Cleber Massson, 2014)

Segundo Nucci, o Direito Penal, anteriormente conhecido como Direito Criminal, pode ser determinado como:

“(...) conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação. (...)”.

(Guilherme Nucci, 2014)

O Direito Penal é um dos pilares do Sistema Jurídico nacional, pois através dele os crimes e suas penas são definidos, como também, a configuração do que é ilícito mediante a população e ordenamento que deve ser seguido por todos os habitantes do País.

“O Direito Penal regula as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade. Como meio de controle social altamente formalizado, exercido sob o monopólio do Estado, a persecutio criminis somente pode ser legitimamente desempenhada de acordo com normas preestabelecidas, legisladas de acordo com as regras de um sistema democrático. Por esse motivo os bens protegidos pelo Direito Penal

não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas à coletividade como um todo.”

(Cezar Roberto Bitencourt, 2012)

Sancionado pelo Decreto-Lei número 2.848, datado de 07 de Dezembro de 1940, o Código Penal sofreu diversas alterações até o ano de 2019, bem como continuará sua caminhada de evolução ao longo dos anos, devido à necessidade de acompanhar os avanços sociais.

## 1.1 FINALIDADE

Os objetivos determinados pela Doutrina sobre o Direito Penal podem variar, seguem expostas algumas das muitas finalidades da matéria do Direito Penal.

De acordo com Cleber Masson, existem 06 (seis) variáveis que visam o objetivo do Direito Penal:

**“Função do Direito Penal** – a proteção de bens jurídicos: apenas os interesses mais relevantes são erigidos à categoria de bens jurídicos penais, em face do caráter fragmentário e da subsidiariedade do Direito Penal. O legislador seleciona, em um Estado Democrático de Direito, os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, merecedores da tutela penal. Dessa forma, a noção de bem jurídico acarreta na realização de um juízo de valor positivo acerca de determinado objeto ou situação social e de sua importância para o desenvolvimento do ser humano. E, para coibir e reprimir as condutas lesivas ou perigosas a bens jurídicos fundamentais, a lei penal se utiliza de rigorosas formas de reação, quais sejam, penas e medidas de segurança. A proteção de bens jurídicos é a missão precípua, que fundamenta e confere legitimidade ao Direito Penal.

■ **Direito Penal como instrumento de controle social:** Ao Direito Penal é também reservado o controle social ou a preservação da paz pública, compreendida como a ordem que deve existir em determinada coletividade. Dirige-se a todas as pessoas, embora nem todas elas se envolvam com a prática de infrações penais.

■ **Direito Penal como garantia:** O Direito Penal tem a função de garantia, funcionando como um escudo aos cidadãos, uma vez que só pode haver punição caso sejam praticados os fatos expressamente previstos em lei como infração penal.

■ **Função simbólica do Direito Penal:** A função simbólica é inerente a todas as leis, não dizendo respeito somente às de cunho penal. Não produz efeitos externos, mas somente na mente dos governantes e dos cidadãos. Em relação aos primeiros, acarreta a sensação de terem feito algo para a proteção da paz pública. Quanto aos cidadãos, proporciona a falsa impressão de que o problema da criminalidade se encontra sob o controle das autoridades, buscando transmitir à opinião pública a impressão

tranquilizadora de um legislador atento e decidido. Manifesta-se, comumente, no direito penal do terror, que se verifica com a inflação legislativa, criando-se exageradamente figuras penais desnecessárias (direito penal de emergência), ou então com o aumento desproporcional e injustificado das penas para os casos pontuais (hipertrofia do Direito Penal). A função simbólica deve ser afastada, pois, em curto prazo, cumpre funções educativas e promocionais dos programas de governo, tarefa que não pode ser atribuída ao Direito Penal. Além disso, em longo prazo resulta na perda de credibilidade do ordenamento jurídico, bloqueando as suas funções instrumentais.

■ **Função motivadora do Direito Penal:** O Direito Penal motiva os indivíduos a não violarem suas normas, mediante a ameaça de imposição cogente de sanção na hipótese de ser lesado ou colocado em perigo determinado bem jurídico.

■ **Função de redução da violência estatal:** Tal finalidade se verifica com a imposição de pena que, embora legítima, representa sempre uma agressão aos cidadãos. Destarte, deve-se buscar de forma constante a incriminação de condutas somente nos casos estritamente necessários, em homenagem ao direito à liberdade constitucionalmente reservado a todas as pessoas.” (Cleber Masson, 2014)

Para Claus Roxin, a finalidade do direito penal é “[...] garantir a convivência pacífica na sociedade [...]”, através da proteção de bens jurídicos.

Assim como para Francisco de Assis, que visa a proteção de bens jurídicos:

“A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico.” (Francisco de Assis Toledo)

De acordo com Rogério Grecco:

“A finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade, ou, nas precisas palavras de Luiz Regis Prado, “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade.” 4 Nilo Batista também aduz que “a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena.” 5 A pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o direito penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade.” (Rogério Grecco, 2017)

Fernando Capez afirma:

“A missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a

propriedade etc., denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça.”  
(Fernando Capez, 2018)

Em suma, o Direito Penal visa proteger os bens jurídicos e diminuir a violência no Estado.

## 1.2 VELOCIDADES DO DIREITO PENAL

Conforme exposto anteriormente, com as atualizações necessárias realizadas na Lei ao longo do tempo, surgiram três fases definidas como as Velocidades do Direito Penal.

A teoria, embora embasada nos fundamentos de Jakobs e Pastor, se efetuou através da obra do espanhol Jesús-Maria Silva Sánchez, chamada de A expansão do direito penal, aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.

*Figura 1 Velocidades do Direito Penal*

### VELOCIDADES DO DIREITO PENAL (SILVA SÁNCHEZ)

1ª VELOCIDADE	2ª VELOCIDADE	3ª VELOCIDADE
Penas Privativas de Liberdade	Penas Alternativas	Penas Privativas de Liberdade
Procedimento Garantista	Procedimento Flexibilizado	Procedimento Flexibilizado
Aplica-se o CPP	Aplica-se a Lei nº 9.099/95	Aplica-se, por exemplo, a Lei Antiterrorismo.

[www.portalconcursopublico.com.br](http://www.portalconcursopublico.com.br)

Fonte: <https://www.portalconcursopublico.com.br/2018/10/velocidades-do-direito-penal.html>

Segundo essa tese, o sistema penal passa por duas fases distintas, sendo o primeiro processo, onde há condenação mediante a pena privativa de liberdade e o segundo procedimento, se dá pelas penas alternativas às privativas de liberdade.

Já a terceira via, se dá pelo Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal da Primeira Velocidade ganhou marco pelo seu respeito às normas constitucionais clássicas, em seu tempo, tem-se que o Direito Penal cumpre seu papel de punir através da prisão, formando assim, o primórdio da Lei criminal, simples e direta: a pena privativa de liberdade.

“A primeira velocidade seria aquela tradicional do Direito Penal, que tem por fim último a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Nessa hipótese, como está em jogo a liberdade do cidadão, devem ser observadas todas as regras garantistas, sejam elas penais ou processuais penais.”  
(Rogério Grecco)

“A 1ª a velocidade enfatiza as infrações penais mais graves, punidas com penas privativas de liberdade, exigindo, por este motivo, um procedimento mais demorado, que observa todas as garantias penais e processuais penais.” (Regério Sanches)

Em concordância com a Constituição Federal, o Código Penal adotou a individualização da pena, desde que obedeça ao seguinte:

“Art. 5º (...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;

e) cruéis;”  
(Constituição Federal)

E o Código Penal determina como se dá a pena Privativa de Liberdade, sendo por reclusão ou detenção:

## **“DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE**

### **Reclusão e detenção**

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Incluído pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

### **Regras do regime fechado**

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

### **Regras do regime semi-aberto**

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

### **Regime especial**

Art. 37 - As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)"  
(Código Penal)

A segunda Velocidade é exibida como relaxamento do sistema penal, pois substitui a pena privativa de liberdade por penas alternativas, em suma, tem-se que essa via visa beneficiar criminosos e não proteger o bem jurídico social.

“Numa segunda velocidade, temos o Direito Penal à aplicação de penas não privativas de liberdade, a exemplo do que ocorre no Brasil com os Juizados Especiais Criminais, cuja finalidade, de acordo com o art. 62 da Lei no 9.099/95, é, precipuamente, a aplicação de penas que não importem na privação da liberdade do cidadão, devendo, pois, ser priorizadas as penas restritivas de direitos e a pena de multa. Nessa segunda velocidade do Direito Penal poderiam ser afastadas algumas garantias, com o escopo de agilizar a aplicação da lei penal.”  
(Rogério Grecco)

Já a 2ª velocidade relativiza, flexibiliza direitos e garantias fundamentais, possibilitando punição mais célere, mas, em compensação, prevê como consequência jurídica do crime sanção não privativa de liberdade (penas alternativas).  
(Rogério Sanches)

O código Penal, de maneira taxativa, demonstra o funcionamento das penas restritivas de direito e das multas, que por sua vez, substituem a pena privativa de liberdade quando previsto.

## **“DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS**

### **Penas restritivas de direitos**

Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - prestação pecuniária; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - perda de bens e valores; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

VI - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

### **Conversão das penas restritivas de direitos**

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

### **Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas**

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

### **Interdição temporária de direitos**

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV – proibição de freqüentar determinados lugares. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos. (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011)

#### **Limitação de fim de semana**

Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

#### **DA PENA DE MULTA**

##### **Multa**

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

##### **Pagamento da multa**

Art. 50 - A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) aplicada isoladamente; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

c) concedida a suspensão condicional da pena. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

**Conversão da Multa e revogação** (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996) (Vide ADIN 3150)

§ 1º - (Revogado pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

§ 2º - (Revogado pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

### **Suspensão da execução da multa**

Art. 52 - É suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)” (Código Penal)

Como exemplo prático sobre a segunda velocidade, pode-se citar a Lei nº 9.099/95, que equivale aos Juizados Especiais, onde foi adotada a prática da transação penal, que além da não necessidade da presença de advogados, retira a possibilidade da prisão, mediante os crimes cabíveis nesta Lei.

“Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

[...]

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.”  
(Lei 9.099/95)

Já a terceira velocidade tem como base, resgatar a pena privativa de liberdade e suas aplicações de forma primordial, aplicando também a restritiva de direitos, porém não para atenuar e amenizar a vida do criminoso, mas sim, punir restringindo garantias que façam diferença na vida do indivíduo.

“Fala-se ainda na 3ª velocidade do Direito Penal, mesclando-se as duas anteriores. Defende a punição do criminoso com pena privativa de liberdade (1ª velocidade), permitindo, para determinados crimes (tidos como mais graves), a flexibilização ou eliminação de direitos e garantias constitucionais (2ª velocidade), caminho para uma rápida punição.”  
(Rogério Sanches)

O inimigo neste caso se configura quando o agente tem habitualidade em praticar crimes, sendo não mais réu primário e escolhendo levar a vida de forma banal e incondicionada às leis. O Código Penal conceitua esse tipo de criminoso como reincidente, vejamos:

#### **“ Reincidência**

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 64 - Para efeito de reincidência: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

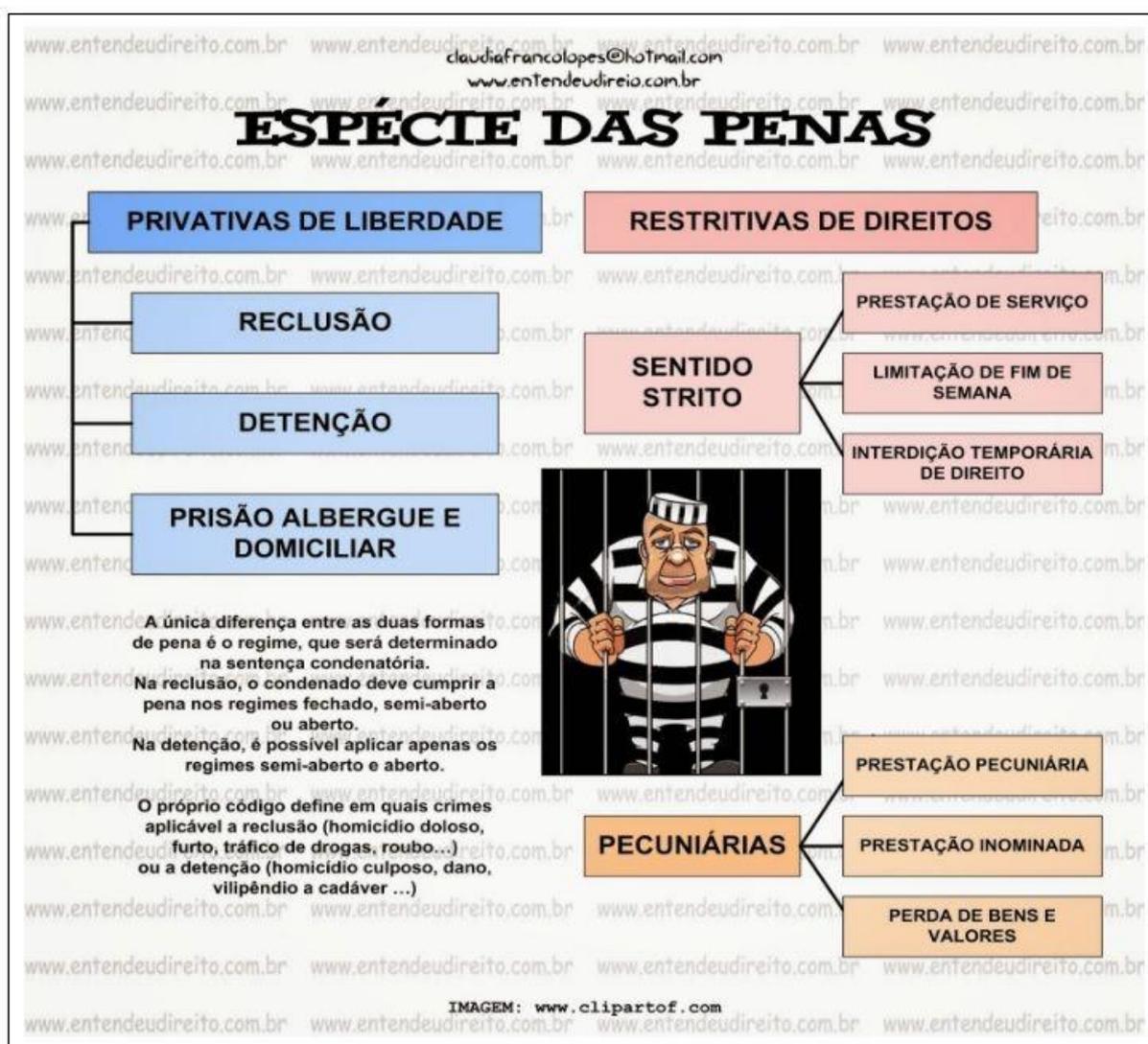
I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)  
(Código Penal)

Cleber Masson, em sua obra de Direito Penal Esquematizado, aborda o assunto comparando as definições de alguns autores e chega a determinação sobre a terceira velocidade e o inimigo implantado por ela:

“Nitidamente, enxerga-se na concepção de Jakobs a convivência de dois direitos em um mesmo ordenamento jurídico. Em primeiro lugar, um direito penal do cidadão, amplo e dotado de todas as garantias constitucionais, processuais e penais, típico de um Estado Democrático de Direito. Sem prejuízo, em parcela menor e restrita a grupos determinados, com ele coexiste o Direito Penal do inimigo, no qual o seu sujeito deve ser enfrentado como fonte de perigo e, portanto, a sua eliminação da sociedade é o fim último do Estado.”  
(Cleber Masson)

Figura 2 Espécies de Pena



Fonte: <https://i.pinimg.com/originals/46/97/17/469717ea7d144377d06ff03167e14be1.jpg>

E como toda teoria, há críticos e amigos, opiniões favoráveis e contraditórias, correntes majoritárias e minoritárias, ficando assim, a cargo do legislador e do povo decidir qual a realidade do ordenamento jurídico criminal na atualidade.

## 2 DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Código penal brasileiro visa proteger os bens jurídicos, aplicando de alguma forma punição a quem desentranhar as regras impostas pelo Código, seja ela contra bens e patrimônios, seja ela contra a vida. Contudo, verifica-se que no modelo de justiça atual, a punibilidade do agente criminoso tem se tornado banal, pois mesmo após a penalidade imposta e cumprida, o índice de reincidência tem crescido, assim como o nível de violência tem aumentado.

Rogério Sanches invoca a situação em seu Manual de Direito Penal – Parte Geral:

“[...] a função do Direito Penal é a de assegurar o império da norma, ou seja, resguardar o sistema, mostrando que o direito posto existe e não pode ser violado. Quando o Direito Penal é chamado a atuar, o bem jurídico protegido já foi violado, de modo que sua função primordial não pode ser a segurança de bens jurídicos, mas sim a garantia de validade do sistema. Nesta linha de raciocínio, para Jakobes:

“aquele que se desvia da norma por princípio não oferece qualquer garantia de que se comportará como pessoa; por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo”.

Surge assim o Direito Penal do Inimigo, cuidando de maneira própria o infiel ao sistema, aplicando-se-lhe não o Direito, “vínculo entre pessoas que, por sua vez, são titulares de direitos e deveres”, mas sim a coação, repressão necessária àqueles que perderam o seu status de cidadão.”  
(Rogério Sanches, 2016)

A fim de solucionar o problema da proteção dos direitos da sociedade, nasce essa terceira velocidade penal, onde sua proposta é de fato punir o criminoso, respeitando os cidadãos de bem, não amenizando a sanção, para que não haja liberdade na prática de novos delitos.

### 2.1 HISTÓRIA

No ano de 1985, o professor e Doutor da Universidade de Bonn, na Alemanha, conhecido como Günther Jakobs, idealizou as primeiras definições do

Direito Penal do Inimigo, observando as políticas públicas aplicadas no combate à criminalidade.

Historiadores afirmam que a idealização do termo já havia se formado em meados dos anos 80, entretanto, a conceituação e divulgação se deu por Jakobs.

Alguns anos depois, em 1999, a tese formulada pelo professor ganha notoriedade devido a sua apresentação perante o Congresso do Milênio, os profissionais jurídicos da época levantaram grandes discursões acerca do assunto, que por sua vez, restou conhecido em vários países.

A hipótese de colocar a teoria na prática voltou a repercutir nacionalmente após o atentado terrorista que chocou o mundo, no dia 11/09/2001, derrubando as Torres Gêmeas na Cidade de Nova York.

A ideia fora novamente descartada, apesar do medo populacional por conta de novos ataques terroristas, devido aos Tratados relacionados aos Direitos Humanos e parte da teoria não estar de acordo com as Constituições fundamentadas nos mais diversos Estados.

O Direito Penal do Inimigo é considerado uma afronta aos limites humanos, pois se acreditam que o combate de fogo com fogo geraria ainda mais caos e não resolveria o problema criminológico.

Já em 2003, Jakobs lança um livro intitulado de Direito Penal do Inimigo, onde relata sua teoria de maneira positiva, convidando ao leitor a dar rumo prático por esta terceira velocidade radical de direito. Em suas lições, ainda é possível filtrar que essa teoria deveria ser chamada de Direito Penal Contra o Inimigo, entretanto, adotou-se somente o Direito Penal do Inimigo.

Após a notoriedade mundial dessa teoria, alguns Estados, de certa maneira adotou a prática, não em sua totalidade, pois ainda fere princípios humanos e garantias fundamentais, porém sua aplicabilidade de forma moderada vem sendo considerada no meio jurídico.

## 2.2 CONCEITO

Conceituar uma teoria de tamanha proporção e longanimidade traz uma grande responsabilidade, principalmente aos críticos e doutrinadores brasileiros. A

visão e estudo de cada um deles os levaram a uma definição do Direito Penal do Inimigo.

Segundo o próprio Jakobs, o Direito Penal do Inimigo se define como:

“são regras jurídico-penais que, como suas correlatas, as regras do Direito Penal do Cidadão, somente são concebíveis enquanto tipos ideais” e, prossegue afirmando que o “Direito Penal do Inimigo é, essencialmente, violência silenciosa; o Direito Penal do Cidadão é, sobretudo, comunicação sobre a vigência da norma.”.

(Cf. JAKOBS *apud* BINATO JÚNIOR, 2005, p. 21).

A conceituação de Direito Penal do Inimigo também é definida como:

“O Direito Penal do Inimigo é um Direito Penal de exceção, feito regra. Trata-se de uma construção teórica fundamentada essencialmente na distinção entre cidadãos e não-cidadãos (ou inimigos) que, no âmbito dogmático, consiste na própria separação entre pessoas e não-pessoas, conduzindo à distinção entre dois polos de regulação normativa penal, coexistentes no ordenamento jurídico: um dirigido ao cidadão e outro ao inimigo. Desse modo, de um lado, o Direito penal do cidadão define e sanciona delitos cometidos por pessoas de forma incidental, ou seja, delitos que representam um abuso nas relações sociais de que participam. Assim, o cidadão oferece a chamada “segurança cognitiva mínima”, ou seja, a garantia de que submetem ao preceito normativo e, por isso, são chamados a restaurar a sua vigência por meio da imposição sancionatória. Por essa razão, esses indivíduos continuam a ser considerados pessoas e, portanto, cidadãos aptos a fruir de direitos e garantias assegurados a todos que partilhem desse status.”

(Prado, 2009)

“Indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta (...) Se a característica do “inimigo” é o abandono duradouro do direito e ausência da mínima segurança cognitiva em sua conduta, então seria plausível que o modo de afrontá-lo fosse com o emprego de meios de asseguramento cognitivo desprovidos da natureza penas.”

(Sánchez)

“Manuel Cancio Meliá, analisando a proposta de Jakobs, esclarece:

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionadamente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar,

determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas.”  
(Regério Greco)

“Admitindo-se como válida essa premissa, de que, na verdade, o que caracteriza o Direito penal do inimigo é o tratamento diferenciado e antigarantista (e diferenciado pelo déficit de garantias) a que alguns criminosos devem se submeter, talvez seja possível inferir a seguinte conclusão: todos os movimentos punitivistas visam a punir uma determinada clientela de criminosos, mas só se tornam Direito penal do inimigo quando agregam à ânsia punitiva alguma flexibilização das garantias”.  
(GOMES, 2006)

“E, nesse contexto, o Direito Penal do inimigo seria definido por Silva Sánchez como a terceira velocidade do Direito Penal: privação da liberdade e suavização ou eliminação de direitos e garantias penais e processuais.”  
(Cleber Masson)

Após essa definição, temos que o inimigo não pode ser qualquer indivíduo inserido na sociedade. Com isto, se faz necessário a definição do inimigo, seguindo a teoria do Direito Penal do Inimigo.

“(…) quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.”  
(JAKOBS; MELIÁ).

“Inimigo, para ele, é o indivíduo que afronta a estrutura do Estado, pretendendo desestabilizar a ordem nele reinante ou, quiçá, destruí-lo. É a pessoa que revela um modo de vida contrário às normas jurídicas, não aceitando as regras impostas pelo Direito para a manutenção da coletividade. Agindo assim, demonstra não ser um cidadão e, por consequência, todas as garantias inerentes às pessoas de bem não podem ser a ele aplicada.”  
(Cleber Masson sobre Jakobs)

“Para Silva Sánchez, a transição do “cidadão” ao “inimigo” seria produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas.”  
(Cleber Masson)

“Vale, em primeiro lugar, defini-lo: trata-se de um modelo de direito penal, cuja finalidade é detectar e separar, dentre os cidadãos, aqueles que devem ser considerados os inimigos (terroristas, autores de crimes sexuais violentos, criminosos organizados, dentre outros). Estes não merecem do

Estado as mesmas garantias humanas fundamentais, pois, como regra, não respeitam os direitos individuais alheios. Portanto, estariam situados fora do sistema, sem merecerem, por exemplo, as garantias do contraditório e da ampla defesa, podendo ser flexibilizados, inclusive, os princípios da legalidade, da anterioridade e da taxatividade. São pessoas perigosas, em guerra constante contra o Estado, razão pela qual a eles caberia a aplicação de medidas de segurança e seus atos já seriam passíveis de punição quando atingissem o estágio da preparação.”  
(Nucci, 2014)

“O estado pode proceder de dois modos contra os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem ou como indivíduos que apresentam perigo para o próprio Estado. [...] um é o do cidadão, que deve ser respeitado e contar com todas as garantias penais e processuais; para ele vale na integralidade o devido processo legal; o outro é o Direito Penal do inimigo. Este deve ser tratado como fonte de perigo e, portanto, como meio para intimidar outras pessoas. O Direito Penal do cidadão é um Direito Penal de todos; o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado: é coação física, até chegar à guerra. Cidadão é quem, mesmo depois do crime, oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que atua com fidelidade ao Direito. Inimigo é quem não oferece essa garantia.”  
(Gomes)

“[...] entre o inimigo e o cidadão não há nenhuma comunicabilidade [...]: o primeiro atendendo ao objetivo de neutralização ou destruição do inimigo e o segundo, depurado de todos esses elementos, destina-se exclusivamente aos cidadãos. Entretanto, admitindo-se que entre inimigo e cidadão há em realidade uma lógica fuzzi, o resultado é totalmente diverso: reconhece-se que os dois opostos são matizáveis, pois não existiria uma realização do Direito Penal caracterizada de forma pura como de diálogo e respeito a todos os direitos fundamentais, e, de outra parte, destacada por contornos bélicos, de combate ao inimigo.”  
(Prado)

“[...] criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. (Jakobs, ob. Cit., p. 39). Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma”. Em sua visão, o evento fatídico que abalou os Estados Unidos no ano de 2001 e tornou-se popularizado sob a denominação de 11 de setembro pode ser tomado como um exemplo de uma “[...] manifestação inequívoca de um ato típico de inimigo.”  
(Gomes)

Entendendo assim que, a aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo se dá de maneira específica aos indivíduos que cometem a criminalidade de maneira frequente e assumida. Considerando-os como Inimigos da Sociedade.

Como por exemplo, os conhecidos Fernandinho Beira-Mar, Marcola, PC Farias, que são inimigos declarados do País brasileiro.

## 2.3 CARACTERÍSTICAS

Determinado o instituto, resta analisar suas características e particularidades, segundo doutrinadores, para que assim, fiquem mais claras as intenções e aplicações do Direito Penal do Inimigo.

“Eis, portanto, as inspirações de JAKOBS, em pleno século XXI, para quem o inimigo da contemporaneidade é o terrorista, o traficante de drogas, de armas e de seres humanos, os membros de organizações criminosas transnacionais.

As principais características do Direito Penal, para esses inimigos, são:

- (i) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios;
- (ii) condutas descritas em tipos de mera conduta e de perigo abstrato (flexibilizando o princípio da ofensividade);
- (iii) descrição vaga dos crimes e das penas (flexibilizando o princípio da legalidade);
- (iv) preponderância do direito penal do autor em contraposição ao direito penal do fato (flexibilizando o princípio da exteriorização do fato);
- (v) o surgimento das chamadas "leis de luta ou de combate";
- (vi) endurecimento da execução penal;
- (vii) restrição de garantias penais e processuais, característica do Direito Penal de Terceira Velocidade.”  
(Rogério Sanches)

“Pode-se mencionar como traços marcantes dessa construção, a antecipação de punibilidade (combate a perigos), buscando-se atingir momentos anteriores à realização do fato delituoso propriamente dito (punem-se inclusive os atos preparatórios); não visa à proteção de bens jurídicos, mas a estabilidade de expectativas normativas (ordenamento penal sistêmico e meramente formal); o processo é quase sumário, desprovido das garantias fundamentais. Com relação às penas, verifica-se um notável incremento das margens penais e flagrante desproporcionalidade, entre outras características.”  
(Prado, 2009)

- “(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança;
- (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade;
- (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro);

- (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo;
- (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação;
- (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade);
- (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos;
- (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios;
- (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal;
- (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.”  
(Luiz Flávio Gomes)

Em suma, resume-se como características principais e pioneiras a antecipação da tutela penal e a punição dos atos preparatórios, a relativização das garantias penais e processuais e a desproporcionalidade das penas.

Sobre a antecipação da tutela penal e a punição dos atos preparatórios, temos aplicabilidade na esfera penal atual, não de forma radical como implantou na teoria de Jakobs, porém de maneira proporcional a permissão legislativa do Estado.

O objetivo dessa característica é dar o verdadeiro Poder de Polícia a quem lhe é de direito, ou seja, ao Estado, que por sua vez manteria o controle criminal através da prisão imediata dos delinquentes, até que a sanção imposta pelo Judiciário possa ser oficialmente decretada.

Atualmente no Brasil, há aplicação da antecipação da tutela penal em alguns casos, e a principal delas é a prisão preventiva, que fora citada por Jakobs como medida de segurança para a sociedade e ao mesmo tempo, penalidade para o inimigo.

Enquanto a relativização das garantias penais e processuais, tem-se que ela visa preencher as lacunas deixadas na Lei que típica os atos criminosos, onde ainda que o crime não esteja descrito ou esteja previsto de forma genérica, a aplicação da punibilidade se dará da mesma maneira, de forma interpretativa conforme o caso.

Seguindo este pensamento, o indivíduo se torna tão perigoso que, dificulta a legislação para prever seus próximos atos criminais, devendo assim o julgamento

ser baseado pelos atos do criminoso e não pelo crime tipificado em Lei. Sua pena deverá se basear no seu grau de periculosidade e não na culpabilidade de seus crimes.

O que já é um gancho para a desproporcionalidade das penas, que prevê a sua aplicação conforme o agente e não conforme os atos. Como por exemplo, um criminoso conhecido que é preso por um ato infracional leve, segundo essa característica, a pena deverá ser imposta pelo nível de perigo que ele apresenta à sociedade e não pelo crime que ele está cometendo no ato. Gerando inclusive, uma prisão imediata para assegurar que a sanção imposta será cumprida, evitando assim a fuga do criminoso e a prática de novos delitos.

Equivalendo sempre a proporcionalidade de sua capacidade criminosa e não ao fato isolado, conforme causado o dano e o perigo que apresenta o indivíduo, será sancionada uma pena. Não devendo exagerar na distribuição da sanção e nem amenizar sua punição.

Em tese, o inimigo não é julgado pelo seu passado, mas sim pelo perigo futuro que é apresentado por suas atitudes.

### 3 A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL

Teoricamente e segundo os Tratados e Garantias Fundamentais, o Direito Penal do Inimigo não pode ser implantado no Brasil, de forma que, iria contra os princípios elencados na própria Constituição Federal além de ferir acordos internacionais.

Entretanto, existe grande insegurança do povo com a legislação atual, pois, os índices de criminalidade crescem a cada ano e a legislação tem se afrouxado na aplicação da pena, tendo em vista os benefícios disponibilizados aos apenados.

A política pública da Justiça Restaurativa não concluiu seu objetivo, bem como o sistema prisional continua em decadência e com superlotação, na prática, o Instituto adotado não apresentou resultados positivos.

“Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;

III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.

§ 1º Para efeitos desta Resolução, considera-se:

I – Prática Restaurativa: forma diferenciada de tratar as situações citadas no caput e incisos deste artigo;

II – Procedimento Restaurativo: conjunto de atividades e etapas a serem promovidas objetivando a composição das situações a que se refere o caput deste artigo;

III – Caso: quaisquer das situações elencadas no caput deste artigo, apresentadas para solução por intermédio de práticas restaurativas;

IV – Sessão Restaurativa: todo e qualquer encontro, inclusive os preparatórios ou de acompanhamento, entre as pessoas diretamente envolvidas nos fatos a que se refere o caput deste artigo;

V – Enfoque Restaurativo: abordagem diferenciada das situações descritas no caput deste artigo, ou dos contextos a elas relacionados, compreendendo os seguintes elementos:

a) participação dos envolvidos, das famílias e das comunidades;

b) atenção às necessidades legítimas da vítima e do ofensor;

c) reparação dos danos sofridos;

d) compartilhamento de responsabilidades e obrigações entre ofensor, vítima, famílias e comunidade para superação das causas e consequências do ocorrido.

§ 2º A aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade.

Art. 2º São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

§ 1º Para que o conflito seja trabalhado no âmbito da Justiça Restaurativa, é necessário que as partes reconheçam, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal, como verdadeiros os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial.

§ 2º É condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes, assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo.

§ 3º Os participantes devem ser informados sobre o procedimento e sobre as possíveis consequências de sua participação, bem como do seu direito de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento.

§ 4º Todos os participantes deverão ser tratados de forma justa e digna, sendo assegurado o mútuo respeito entre as partes, as quais serão auxiliadas a construir, a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades, uma solução cabível e eficaz visando sempre o futuro.

§ 5º O acordo decorrente do procedimento restaurativo deve ser formulado a partir da livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes, e os seus termos, aceitos voluntariamente, conterão obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos.”

(Conselho Nacional de Justiça)

Diante a expectativa frustrada pela aplicação da Justiça Restaurativa, a sociedade tem aclamado para o extremo contrário a ela, que neste caso, corresponde ao Direito Penal do Inimigo.

Contudo, a possibilidade da aplicação desse novo Instituto foi afastada devido aos princípios e normas adotadas no sistema jurídico brasileiro.

A começar pelo Princípio da Dignidade Humana, previsto no Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal que trata diretamente sobre o respeito com o próximo e a forma de tratamento digna com cada um, bem como os princípios da presunção de inocência, o princípio da culpabilidade, da retributividade, responsabilidade penal pelo fato, e o princípio da isonomia.

Os Direitos Fundamentais do Estado são nitidamente protegidos no sistema jurídico atual:

“O tratamento diferenciado dado pela doutrina de Jakobs ao inimigo choca-se com o princípio da presunção de inocência, pelo que o acusado só será considerado culpado quando contra ele pesar uma sentença condenatória definitiva. Portanto, a presunção de inocência é impedimento a que a liberdade de certo indivíduo seja restringida até que se tenha certeza de sua responsabilidade, salvo em caso de situações excepcionais (por exemplo, prisão preventiva e prisão temporária). Gustavo Badaró destaca, aliás, que "o princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana". Desse modo, é de se dizer que o desrespeito ao princípio da presunção de inocência anda de mãos dadas com o desrespeito à dignidade da pessoa humana. Eduardo Ferrari, no mesmo sentido, observa: "De acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, nenhum cidadão pode ser sancionado desnecessária ou ilimitadamente, devendo haver restrições temporais máximas quanto à sua punição, respeitando-se o homem e seus atributos no instante da enunciação e aplicação dos preceitos primários bem como das sanções penais". Assim, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio máximo do Estado Democrático de Direito, deve ser sempre respeitada, sob a possibilidade de que, se o poder estatal não a respeitar, seja nula qualquer condenação, a tomar 31 por base o brocardo *nulla poena sine humanitate*.”  
(SIQUEIRA, 2010)

Além de ferir ao disposto no Código Penal, em seu artigo 59, que garante:

“ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”  
(Código Penal)

A individualização da pena não abrange a classificação de Jakobs, que divide a sociedade entre os inimigos e os cidadãos. Pelo contrário, a questão de individualizar a pena segue na Constituição para que seja aplicada a pena de acordo com a participação do indivíduo no crime, ou seja, ele só deverá ser penalizado pelo que fez para contribuir com o crime e não pelo crime em si. Já Jakobs, aplica a pena pelo grau de periculosidade do agente, pelas coisas que ele poderá fazer se tiver em liberdade e não por sua conduta no crime em questão.

Apesar de ser bem parecido, o princípio da individualização da pena não deve ser confundido com a ideologia de Jakobs:

“Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto. A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da ‘mecanizada’ ou ‘computadorizada’ aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como se pensante adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve á pena pré-estabelicida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida injusto.”  
(NUCCI)

“As circunstâncias judiciais ficam a cargo da análise discricionária do juiz, diante de determinado indivíduo e das características do caso concreto, o que configura mais uma aplicação do Direito Penal do Inimigo na legislação. Com essa excessiva discricionariedade dada ao magistrado, cabe somente a este decidir quem é ou não ‘punível’ por essas circunstâncias judiciais, uma vez que não são estas elencadas exaustivamente em lei, sendo apenas fornecidos parâmetros de identificação.”  
(KINJO FILHO, 2013).

Além disso, a finalidade de ambos se difere pelo fato da prisão no sistema penal atual se dar de *ultima ratio*, e a o Direito Penal do Inimigo requerer sua aplicação de imediato.

Partindo ainda dos Princípios que impedem o Brasil de adotar a prática do Direito Penal do Inimigo, vale analisar o dispositivo e as garantias fundamentais expostas pela Constituição Federal:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”  
(Constituição Federal)

Trazendo a realidade dos fatos, Caldas questiona como funcionariam algumas situações caso o Direito Penal do Inimigo tivesse vigência.

“Mas, mutatis mutandis, se “bandido bom é bandido morto”, e se “direitos humanos é para humanos direitos”, o que dirão os justiceiros sociais que deflagram essa frase nos fóruns, nas esquinas, nos sites de relacionamento, com relação àqueles “bandidos” como:

1) Robin Hood —que roubava dos ricos opressores, desafiava as autoridades constituídas, e dava para os pobres marginalizados?

2) Troy Anthony Davis [2] —um negro acusado de assassinar um policial “branco”, no Texas, e que apesar de “sérias dúvidas” sobre a procedência das acusações foi condenado à morte e executado em novembro de 2011, após densa luta internacional contra a aplicação dessa pena irreversível? Possivelmente, foi vítima de um sistema judicial corrompido por questões raciais e étnicas;

3) Joana d’Arc —marginalizada e condenada à morte na fogueira, na época dos grandes suplícios públicos, ela foi acusada de heresia e assassinato, além de sequer ter direito de ir se defender durante dez sessões de julgamento. Além disso, foi presa em uma cela escura e vigiada severamente por vários soldados. Séculos mais tarde, a história lhe fez justiça, mas Joanna era, em seus dias, “bandida boa, bandida morta”, sem “direitos humanos” porque “não era uma humana direita” aos olhos de seus algozes.

4) Jesus Cristo e o apóstolo Paulo —sem mais delongas, foram considerados promotores de sedições perante o Império Romano. Em seus

dias, experimentaram açoites e prisões severas, torturas delirantes, e a pecha de “bandido bom, bandido morto”, sem direitos humanos porque não foram considerados pela sociedade de sua época, e nem pelas autoridades, como “humanos direitos.” Séculos depois, a história lhes fez justiça.

5) Os Judeus na Alemanha —foram considerados “bandidos” pela doutrina nacional socialista, que lançou as bases do “Direito Penal do Inimigo”, fomentando no coração da sociedade alemã que toda miséria, tragédia social, violência, desemprego etc advinha da má influência dos judeus no Estado Alemão. Logo após, baixaram-se leis (“Leis de Nuremberg”, 1935 d.C) considerando que “judeus” não eram “cidadãos” e não podiam receber atendimento médico em hospitais públicos. Portanto, não tinham “direitos humanos”, pois não eram considerados “humanos” pela gente daquele Estado.

6) Os Huguenotes na França: também eram considerados a escória da nação. Aqui, o motivo da repulsa e ódio era religioso. O resultado: perseguição, execuções sumárias, e grandes atrocidades sob a chancela do Estado.

7) Os Negros eram considerados “marginais”, “bandidos” e não eram considerados “seres humanos” pelos senhores de engenho ou “brancos”: Nos Estados Unidos, a questão de inocência ou culpa estava vinculada à “etnia” do acusado durante a Guerra Civil Americana. Para ser um “ser humano direito” e possuir “direitos humanos”, bastava o critério étnico em certas comunidades e estados norte-americanos. Até hoje, eles lutam com essas questões.

8) O “Monstro da Mamadeira”, assim apelidada a desempregada Daniele Toledo Prado: foi acusada de causar overdose na filha bebê que veio a óbito. Foi acusada, em primeiro lugar, pelos médicos que avaliaram a filha. Depois, foi presa e sem sequer poder se defender e logo em seguida a grande mídia incentivou o “julgamento paralelo”, levando a sociedade a clamar por justiça e batizando-a de “monstro da mamadeira.” Consequências: Daniela foi considerada inocente tempos depois, provando o laudo que a filha não tinha ingerido cocaína. Antes disso, Daniela foi espancada com a permissão das autoridades que a tinham sob custódia (delegado Paulo Roberto Rodrigues, de Taubaté-SP, e o delegado Carlos Prado Pinto, de Pindamonhangaba-SP), teve os tímpanos perfurados, perdendo a audição e visão do lado direito.

9) Condenados à morte nos EUA que escaparam da pena capital graças a exames de DNA: estes casos enfatizam o perigo do julgamento sumário do Estado e a importância a um direito de defesa ao mais reconhecido dos criminosos, dentro do Estado de Direito Democrático.

10) O episódio dos Donos da Escola-Base, no Brasil: Em 29 de março de 1994, o Jornal Nacional, da Rede Globo, levou ao ar uma reportagem que acusava os donos da Escola de Educação Infantil Base de terem cometido abuso sexual contra crianças que lá estudavam. No dia seguinte, todos os jornais paulistanos (exceto o Diário Popular, hoje Diário de S. Paulo) avocaram a condição de “juizes” e publicaram enormes reportagens com acusações contra os donos da escola. A ira popular se ascendeu mais uma vez, incentivadas pela mídia. Contudo, anos depois a acusação revelou-se improcedente. Isso não impediu, porém, que a reputação dos donos da escola jamais se reerguesse novamente, tamanha foi a devastação de sua imagem na sociedade. Existisse pena de morte no Brasil, talvez tivessem aqueles educadores dela sido alvos antes de provarem a inocência, na sociedade que defende que “bandido bom, é bandido morto.”  
Enfim.

Seja qual for a motivação que buscava legitimar o discurso do “direito penal do inimigo”, em todas as épocas, a familiar em todas elas era o ódio e a suposta “política preventiva” contra a violência ou manutenção da “ordem pública.”  
(Caldas)

Entretanto, há doutrinadores que assemelham algumas Leis e sistemáticas do ordenamento penal atual no Brasil, como a prática disfarçada do Direito Penal do Inimigo. Diga-se disfarce, pois, as fundamentações das Leis brasileiras não permitiriam prática tão extremista, mas através de brechas legislativas, é possível e têm sido aplicadas atividades que compatibilizam o modelo indicado por Jakobs.

“No ambiente carcerário divisamos melhor o modo como o Estado Brasileiro agasalha o método fascista e nazista de punir os ‘inimigos do Estado’. Com uma ressalva: aqui no Brasil o discurso político é de 44 que vivemos num Estado Democrático de Direito. Lá na Itália (fascista) e na Alemanha (nazista), ao menos o discurso era franco e totalitário. Aqui no Brasil o discurso é camuflado: na Lei tem ‘dignidade humana’, ‘presunção de inocência’, ‘respeito à integridade física do preso ou condenado’ etc. Na prática, temos tratamentos como torturas técnicas, alimentação inadequada, isolamentos, despojo de instrução acadêmica e informações sociais, inexistência de política de ressocialização eficaz etc. O que justifica a prática ser diferente da teoria, no Brasil? Não há outra resposta: é exatamente a inculcação do Direito Penal do Inimigo, e dos provérbios populares (bandido bom é bandido morto; direitos humanos para humanos direitos, etc) na mente dos julgadores, das autoridades públicas, dos agentes de segurança pública etc.”  
(CALDAS, 2012)

Há ainda a procedência de Decretos e Leis que autorizam a entrada do sistema do Direito Penal do Inimigo no Brasil, pois conforme doutrinadores é o primeiro passo dado para tal influência ser adotada como sistemática principal no País.

A Lei 10.792/2003, que alterou a Lei de Execução Penal é considerada como atuante do sistema de Direito Penal do Inimigo devido ao Regime Disciplinar Diferenciado, que institui o isolamento do preso em determinados casos, a fim de disciplinar o comportamento dentro do cárcere. O fato de o isolamento ser determinado aos presos suspeitos de estarem ligados a organizações criminosas gera a conformidade com a teoria de Jakobs.

"Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso

provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando."

(Lei 10.792/03)

Assim como o dispositivo do Código Brasileiro de Aeronaves, através do Decreto nº 5.144/04, que prevê a derrubada de aeronaves inimigas e suspeitas de traficar drogas e entorpecentes, que por sua vez traz a antecipação da tutela criminal e pena de morte para os passageiros da aeronave supostamente inimiga, agindo assim, em conformidade com o Direito Penal do Inimigo.

" Art. 2º Para fins deste Decreto, é considerada aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins aquela que se enquadre em uma das seguintes situações:

I - adentrar o território nacional, sem Plano de Vôo aprovado, oriunda de regiões reconhecidamente fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou

II - omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou não cumprir determinações destes mesmos órgãos, se estiver cumprindo rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas.

Art. 3º As aeronaves enquadradas no art. 2º estarão sujeitas às medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão, de forma progressiva e sempre que a medida anterior não obtiver êxito, executadas por aeronaves de interceptação, com o objetivo de compelir a aeronave suspeita a efetuar o pouso em aeródromo que lhe for indicado e ser submetida a medidas de controle no solo pelas autoridades policiais federais ou estaduais.

§ 1º As medidas de averiguação visam a determinar ou a confirmar a identidade de uma aeronave, ou, ainda, a vigiar o seu comportamento, consistindo na aproximação ostensiva da aeronave de interceptação à aeronave interceptada, com a finalidade de interrogá-la, por intermédio de comunicação via rádio ou sinais visuais, de acordo com as regras de tráfego aéreo, de conhecimento obrigatório dos aeronavegantes.

§ 2º As medidas de intervenção seguem-se às medidas de averiguação e consistem na determinação à aeronave interceptada para que modifique sua rota com o objetivo de forçar o seu pouso em aeródromo que lhe for determinado, para ser submetida a medidas de controle no solo.

§ 3º As medidas de persuasão seguem-se às medidas de intervenção e consistem no disparo de tiros de aviso, com munição traçante, pela aeronave interceptadora, de maneira que possam ser observados pela tripulação da aeronave interceptada, com o objetivo de persuadi-la a obedecer às ordens transmitidas.

Art. 4º A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição.

Art. 5º A medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra.

Art. 6º A medida de destruição terá que obedecer às seguintes condições:

I - emprego dos meios sob controle operacional do Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro - COMDABRA;

I - emprego dos meios sob controle operacional do Comando de Operações Aeroespaciais do Comando da Aeronáutica; (Redação dada pelo Decreto nº 9.077, de 2017) (Vigência)

II - registro em gravação das comunicações ou imagens da aplicação dos procedimentos;

III - execução por pilotos e controladores de Defesa Aérea qualificados, segundo os padrões estabelecidos pelo COMDABRA;

III - execução por pilotos e controladores de defesa aérea qualificados segundo os padrões estabelecidos pelo Comando de Operações Aeroespaciais do Comando da Aeronáutica; (Redação dada pelo Decreto nº 9.077, de 2017) (Vigência)

IV - execução sobre áreas não densamente povoadas e relacionadas com rotas presumivelmente utilizadas para o tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins; e

V - autorização do Presidente da República ou da autoridade por ele delegada.”

(Decreto nº 5.144/04)

Bem como há a previsão da prisão preventiva, que deve ser decretada para manter a ordem, sendo assim, resta a análise do magistrado para aferir o grau de periculosidade do indivíduo e decidir se ele poderá responder o processo em liberdade ou se será decretada sua prisão preventiva.

Mais uma vez a legislação brasileira trabalha de acordo com o Direito Penal do Inimigo, convalidando a tese da aplicação de tutela criminal antecipada e penalidade conforme o perigo apresentado pelo indivíduo a sociedade.

“Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

[...]

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967)”  
(Código de Processo Penal)

Como também a configuração do crime de Associação Criminosa, que é considerada como a punição de um ato preparatório, pois não houve nenhum ato criminoso ainda, mas a reunião dessas pessoas poderia resultar em algum crime. Sendo assim, o Código se adiantou e pune de maneira preventiva. Essa situação equivale a tese de Jakobs quando ele define que o agente deve ser penalizado pelo perigo que ele apresenta, pelos atos que ele poderá cometer, ou seja, pela antecipação da punição do inimigo.

**“Associação Criminosa**

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013) (Vigência)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013) (Vigência)

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.”  
(Código Penal)

A Lei de Tóxicos por sua vez equipara-se ao Direito Penal do Inimigo pela desproporcionalidade das penas previstas, além de prever a punição da pessoa (traficante e usuário) e não do ato (traficar/usar) em si praticado.

“Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

[...]

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.  
(Lei 11.343/06)

Há ainda a determinação de que o Juiz deverá analisar a situação do sujeito e sancionar uma penalidade conforme a pessoa e seu passado, inclusive existe a possibilidade de suspensão da pena para aqueles que o magistrado julgar habilitado. Assim como Jakobs defende que, a penalização será aplicada ao criminoso por quem ele é e não pelo crime imputado naquele momento.

#### **“Fixação da pena**

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

[...]

### **Requisitos da suspensão da pena**

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)"  
(Código Penal)

Esses são alguns dos exemplos da aplicabilidade do Direito Penal do Inimigo no Brasil, que mesmo sendo reprovado pelas condutas adotadas no sistema jurídico-penal, está presente de maneira discreta e atuante.

## CONCLUSÃO

Advinda do Direito Alemão, a teoria do Direito Penal do Inimigo vem ganhando notoriedade no Brasil, isto por que o atual sistema jurídico-penal adotado traz como foco a Justiça Restaurativa, impondo sobre toda a sociedade, a ressocialização do criminoso, conjuntura que gera indignação e contradição pela parte popular.

Temos como conceito do Direito Penal do Inimigo o oposto do dispositivo pregado na Justiça Restaurativa, pois o instituto se baseia justamente no tratamento diferenciado daquele que cometeu o crime, essa abordagem se dá na retirada de alguns direitos e benesses do indivíduo, além da pena aplicada.

Aclamado pelo povo, que por sua vez, age com o medo e insatisfação sobre a aplicabilidade da pena atual, o Direito Penal do Inimigo busca penalizar de maneira brutal, para que de fato, não haja reincidência. Transferindo assim, o medo que a população tem do crime, para o medo que o criminoso tem do sistema penal.

Considerando que os indivíduos que cometem crimes bárbaros são considerados inimigos da sociedade, a teoria trouxe a tona uma realidade diferenciada a ser aplicada sobre eles. Baseando-se do princípio de que, se os crimes cometidos por eles são fora do comum (como por exemplo, o terrorismo), a aplicação da Lei sobre eles também deverá ser incomum.

Significa dizer que, os inimigos da sociedade não são dignos de receber o mesmo tratamento que os demais, perdendo o direito aos remédios constitucionais e garantias concedidas aos detentos. Sendo assim, o inimigo que apresenta maior grau de periculosidade à sociedade, deixará de ter seus direitos como cidadão e não poderá aproveitar-se das regalias que o direito penal oferece para a remição de seus crimes.

O instituto referenciado visa punir o agente, não pelo fato criminoso ocorrido, mas sim pelo seu grau de periculosidade social. Ou seja, a punição não é pelo que ele fez, mas sim pela ameaça que ele é.

Dado o exposto, conclui-se que, a aplicação do Direito Penal atual, apesar de buscar a ressocialização do indivíduo que praticou crimes, não o tem feito de maneira eficaz, o que ocasionou na descrença social da justiça brasileira, devido ao número de reincidência e majoração da criminalidade. Se o sistema adotado

funcionasse, a população não teria tanto medo e talvez não buscasse uma justiça mais severa quanto ao indivíduo.

Ocorre que, o direito penal do inimigo, pode ser desumano e cruel, pois visa punir o agente conforme o perigo que ele oferece, o povo acatou e aplaudiu a ideia, pois querem combater fogo com fogo, afim de que não se sintam indefesos e de fato vejam a justiça punir o criminoso.

Diversos fatores podem ser indicados como pros e contras, inclusive há quem diga que esse caminho é um passo avançado para a autorização de pena de morte no Brasil, e que vai de encontro a tudo que o atual sistema penal defende.

Despersonalizar uma pessoa, por mais delinquente que ela seja, é um caminho arriscado e uma responsabilidade sombria que o Estado pode ou não adotar, dando seguimento ao Instituto do Direito Penal do Inimigo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulga em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>> Acesso em: 06 de novembro de 2019.

BRASIL. **Código Penal de 1940**. Vade Mecum. 8ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva, São Paulo, 2009.

Masson, Cleber. **Código Penal Comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

Bitencourt, Cezar Roberto **Tratado de direito penal : parte geral**, 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012.

Nucci, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Org. e Introd. Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. *Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2008*.

Capez, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral**. – 22. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

JUSBRASIL. **“Direito Penal do Inimigo – Rogério Greco”**. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>> Acesso em: 14 de novembro de 2019.

BRASIL. **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)> Acesso em: 14 de novembro de 2019.

Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** - 4. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016.

Cf. JÚNIOR, Otávio Binato; RIBEIRO, Gabriela Sanchez; NETO, Honorato Gomes de Gouveia. **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo**. Revista Científica do ITPAC, Araguaína, v.5, n.1, Pub.6, Janeiro 2012. Disponível em: < <http://www.itpac.br/arquivos/Revista/51/6.pdf> >. Acesso: 14 de novembro de 2019.

PRADO, Luiz Regis. Direito penal do Inimigo. Entrevista concedida à Carta Forense em 03 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-penal-do-inimigo/3624>> Acesso em: 14 de novembro de 2019.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Direito penal do inimigo e os inimigos do direito penal**. Revista Ultima Ratio. Coord. Leonardo Sica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, ano 1.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Manuel Derecho penal Del enemigo**. Madrid: Editora Thosomcivitas, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra**. Disponível em: < <http://www.professorluizregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/garantismo%20e%20direito%20penal%20do%20inimigo.pdf> > . Acesso em: 14 de novembro de 2019.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-indústriais**. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, Série: As ciências Criminais no Século XXI, v.11, 2002.

Conselho Nacional de Justiça. **RESOLUÇÃO Nº 225, DE 31 DE MAIO DE 2016**. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289> > Acesso em: 15 de novembro de 2019.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem. Ciências Penais. Vol.12/ p.213/ jan.2010. **Direito Penal do Inimigo, ou um direito penal pelas metades**. Revista dos Tribunais online.

KINJO FILHO, Wilson. **Direito Penal do Inimigo no Brasil e sua compatibilidade com a Constituição Federal**. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/24071/direito-penal-do-inimigo-no-brasil-e-sua-compatibilidade-com-a-constituicao-federal> > . Acesso em: 15 de novembro de 2019.

CALDAS, Saulo Henrique da Silva. 2012. **Direito Penal do Inimigo está baseado no totalitarismo**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-nov-14/saulo->

[caldas-direito-penal-inimigo-baseado-totalitarismo](#)> . Acesso em: 15 de novembro de 2019.

BRASIL. **LEI Nº 10.792, DE 1 DE DEZEMBRO DE 2003.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm)> Acesso em: 15 de novembro de 2019.

BRASIL. **DECRETO Nº 5.144, DE 16 DE JULHO DE 2004.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm)> Acesso em: 15 de novembro de 2019.

BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)> Acesso em: 15 de novembro de 2019.

BRASIL. **LEI 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)> Acesso em: 15 de novembro de 2019.